

Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

ZIP

Herausgegeben von

Rechtsanwalt Dr. Bruno M. Kübler, Köln (Geschäftsführender Herausgeber),
Prof. Dr. Dr. h. c. Peter Hanau, Köln, Rechtsanwalt Dr. Bernd Klasmeyer, Köln,
Chefsyndikus Dr. Dietrich Rümker, Düsseldorf, und Prof. Dr. Wolfram Timm, Münster

in Verbindung mit

Prof. Dr. Dr. h. c. Claus-Wilhelm Canaris, München · Vors. Richter am BSG Dr. Alexander Gagel,
Kassel · Prof. Dr. Walter Gerhardt, Bonn · Prof. Dr. Hans Hanisch, Genf · Prof. Dr. Wolfram Henckel,
Göttingen · Rechtsanwalt Dr. Joachim Kilger, Hamburg · Prof. Dr. Brigitte Knobbe-Keuk, Bonn ·
Prof. Dr. Marcus Lutter, Bonn · Vors. Richter am BGH Franz Merz, Karlsruhe ·
MD Prof. Dr. Ernst Niederleithinger, Bonn · WP StB Dipl.-Kfm. Rudolf J. Niehus, Düsseldorf ·
Vors. Richter am BAG Günter Schaub, Kassel · Prof. Dr. Karsten Schmidt, Hamburg ·
Prof. Dr. Rolf Serick, Heidelberg · Vizepräsident des BGH a. D. Dr. h. c. Walter Stimpel, Karlsruhe ·
Prof. Dr. Peter Ulmer, Heidelberg · Richter am BFH Dr. Eberhard Weiß, München

12. Jahrgang
1. Halbjahr 1991



Verlag Kommunikationsforum GmbH Recht Wirtschaft Steuern · Köln

Halbjahresregister 1991

Übersicht

I. Aufsätze und Beiträge	V
II. ZIP-Report und -Dokumentation	VI
III. Literatur	
1. Buchbesprechungen	VI
1.1 Besprochene Werke	VI
1.2 Rezensenten	VI
2. Aus der Fachpresse	VI
3. Zeitschriftenbeiträge	VI
IV. Entscheidungsregister	
1. Verfassungsgerichtsbarkeit	VII
2. Ordentliche Gerichtsbarkeit	VII
3. Arbeitsgerichtsbarkeit	X
4. Sozialgerichtsbarkeit	X
5. Finanzgerichtsbarkeit	X
6. Verwaltungsgerichtsbarkeit	X
7. Gerichte der neuen Bundesländer	X
8. Europäische Gerichtsbarkeit	XI
9. Verfahrensfortgang bei nicht rechtskräftigen Entscheidungen	XI
10. Verfasser der Anmerkungen, Kurzanmerkungen und Besprechungsaufsätze	XI
V. Paragraphenregister	XI
VI. Sachregister	XV
VII. Berichtigungen	XXIII

Zeitschrift für Wirtschaftsrecht – Zitierweise: ZIP

Bibliographischer Hinweis: Die Zeitschrift wurde unter dem Titel „Insolvenzrecht – Zeitschrift für die gesamte Insolvenzpraxis“ (ZIP) eingeführt (Heft 1–7/1980) und später in „Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis“ (ZIP) umbenannt (Heft 8/1980–12/1982). Ab 1983 gilt der vorstehende Titel. Aus Gründen einer kontinuierlichen Zitierweise wird das von Anfang an übliche Kürzel „ZIP“ beibehalten.

Herausgeber: Dr. Bruno M. Kübler, Rechtsanwalt in Köln (Geschäftsführender Herausgeber), Dr. Dr. h. c. Peter Hanau, Universitätsprofessor in Köln, Dipl.-Kfm. Dr. jur. Bernd Klasmeyer, Rechtsanwalt in Köln, Dr. Dietrich Rümker, Chefsyndikus in Düsseldorf, Dr. Wolfram Timm, Universitätsprofessor in Münster.

Redaktion: RA Dr. Bruno M. Kübler (presserechtlich verantwortlicher Redakteur), RA Dr. Christoph Junker, RA Bernhard Oellers, RA Klaus Kollbach, sämtlich Anschrift des Verlages.

Mit Namen gekennzeichnete Beiträge entsprechen nicht unbedingt der Auffassung der Herausgeber und der Redaktion.

Redaktionssekretariat: Brigitte Lotz, Ute Sandbrink, Hanne Werner, alle Anschrift des Verlages.

Verlag Kommunikationsforum GmbH Recht Wirtschaft Steuern, Geschäftsführer: Friederike Kübler, Karl-Peter Winters, Aachener Straße 217, 5000 Köln 41, oder Postfach 270125, 5000 Köln 1, Telefon: 0221/40088-0, Telefax: 0221/4008828.

Anzeigenleitung: Brigitte Mansch, Anschrift des Verlages. Gültig ist die Preisliste Nr. 5 vom 1.1.1991. Anzeigenschluß: 3 Wochen vor Erscheinen.

Erscheinungsweise: Die Zeitschrift erscheint jeweils am 2. und 4. Freitag eines Monats; im Dezember erscheint eine Ausgabe als Doppelheft.

Bezugspreise: monatlich DM 46,50 (bei Inlandsbezug incl. DM 3,04 MwSt.), Einzelheft DM 26,50, Doppelheft DM 53,– (bei Inlandsbezug incl. DM 1,73 bzw. DM 3,47 MwSt.). Monatlicher Gesamtbezugspreis für Abonnenten von ZIP und EWIR DM 71,– (bei Inlandsbezug incl. DM 4,64 MwSt.). Abo-Sonderpreis für Studenten und Referendare monatlich DM 30,40 (nur gegen Vorlage der Studienbescheinigung/Referendarurkunde). Alle Bezugspreise zzgl. Versandkosten. Aus Vereinfachungsgründen werden zu Beginn eines Kalenderjahres bzw. bei Neueinrichtung eines Abonnements Jahresrechnungen erstellt, die bei Erhalt auszugleichen sind.

Einbanddecken und Jahresinhaltsverzeichnis: werden gesondert berechnet. Abonnenten, die über ihre Buchhandlung beziehen, beliefern wir nur aufgrund ausdrücklicher Bestellung. Das Halbjahresinhaltsverzeichnis wird allen Abonnenten kostenlos zugeleitet.

Abbestellung: mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende.

Bankverbindung: Postgirokonto Köln 296260-509 (BLZ 37010050)

Urheber- und Verlagsrechte: Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze; denn diese sind geschützt, soweit sie vom Einsender oder von der Redaktion erarbeitet oder redigiert worden sind. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen verwendbare Sprache übertragen werden.

Druck: Reiner Winters GmbH, Wiesenstraße 11, 5248 Wissen

ISSN 0723-9416

Christoph Becker^{*)}

Fremde Forderungen und Sicherungsgut in der Gesamtvollstreckung

Im Beitrittsgebiet gilt das Gesamtvollstreckungsrecht der vormaligen Deutschen Demokratischen Republik fort. Das Schicksal einer nur scheinbar zum verwertbaren Vermögen des Gemeinschuldners gebörenden Forderung ist nach dem Wortlaut der Gesamtvollstreckungsordnung ebenso fraglich wie dasjenige von Sicherungsgut. Der Verfasser schlägt vor, durch weite Auslegung oder Analogie aus der Gesamtvollstreckungsordnung die gleichen Ergebnisse herzuleiten, wie sie bei der Handhabung der Konkursordnung erzielt werden.

I. Fortgeltung der Gesamtvollstreckungsverordnung von 1990

Seit dem Wirksamwerden des Beitritts der Deutschen Demokratischen Republik zur Bundesrepublik Deutschland am 3. Oktober 1990 ist mit der grundsätzlichen Einführung des Bundesrechts (Art. 8 des Einigungsvertrages¹⁾ – EV) die Rechtseinheit zu einem großen Teil verwirklicht. In vielen Bereichen jedoch werden nicht nur Altfälle weiterhin nach dem Recht der Deutschen Demokratischen Republik zu würdigen sein. Vielmehr gilt auch für neue Sachverhalte eine Fülle von Regelungen der Deutschen Demokratischen Republik fort, wenn auch zu meist mit mehr oder minder einschneidenden Änderungen, sogenannten „Maßgaben“ (Art. 9 Abs. 2 EV in Verbindung mit EV Anl. II, die das fortgeltende Recht mit den Maßgaben benennt und das Gegenstück zur Anlage I darstellt, welche die Einführung des Bundesrechts beschränkt beziehungsweise mit bestimmten Maßgaben verbindet). Dies betrifft nicht zuletzt die Rechtspflege.²⁾ Die Bundesregierung begründete dies in ihrer Unterrichtung des Bundestages während dessen Beratung über das Zustimmungsgesetz³⁾ zum Einigungsvertrag mit den hohen Anforderungen, die das Rechtspflegerecht der Bundesrepublik Deutschland enthält und denen die zum Beitrittszeitpunkt vorhandenen Rechtspflegeeinrichtungen der Deutschen Demokratischen Republik in der tatsächlichen Handhabung nicht gewachsen wären.⁴⁾

Namentlich das Insolvenzrecht, von dem man noch eine hohe tatsächliche Bedeutung auf dem Gebiet der vormaligen Deutschen Demokratischen Republik befürchten muß, ist hiervon betroffen. Der Geltungsbereich der Konkursordnung wurde nicht auf das Beitrittsgebiet ausgedehnt.⁵⁾ Das gilt sowohl für die fünf neuen Bundesländer Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen als auch für den beigetretenen Teil Berlins (Ost-Berlin).⁶⁾ Hier gilt weiterhin⁷⁾ – und zwar nunmehr als Bundesgesetz⁸⁾ – die Gesamtvollstreckungsverordnung aus dem Jahre 1990⁹⁾ (im folgenden auch: GesVO; jetzt als Gesamtvollstreckungsordnung bezeichnet¹⁰⁾, daher im folgenden auch: GesO), welche nach dem Abschluß des Staatsvertrages zur Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion vom 18. Mai 1990¹¹⁾ aus der Gesamtvollstreckungsverordnung von 1975¹²⁾ hervorgangen ist. In der Unterrichtung des Bundestages durch die Bundesregierung hieß es, die Ge-

samtvollstreckungsverordnung von 1990 genüge vorerst marktwirtschaftlichen Erfordernissen.¹³⁾ Sie sei wesentlich einfacher zu handhaben als das bundesdeutsche Insolvenzrecht, das die Gerichte überfordern würde. Die Rechtseinheit solle in der kommenden Legislaturperiode – das ist die jetzt laufende – zusammen mit der ohnehin vorgesehenen Reform des Insolvenzrechts hergestellt werden.

II. Neufassung des § 12 GesVO

Die Fortgeltung der Gesamtvollstreckungsverordnung wurde unter eine Reihe von den Wortlaut ändernden Maßgaben gestellt.¹⁴⁾ Von herausragender Bedeutung ist die Neufassung des § 12 GesVO (jetzt: GesO), welcher in seiner ursprünglichen Gestalt die Berücksichtigung des Eigentumsrechts oder des Pfandrechts eines Dritten an Sachen regelt, die der Verwertung im Rahmen der Gesamtvollstreckung zu unterfallen drohen. Der Dritte konnte gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 GesVO Herausgabe der Sache verlangen, wobei aber im Falle des Pfandrechts der Verwalter die Befugnis zur Ablösung hatte. Die Ausgaben für die Ablösung genossen Vorrang gemäß § 13 Nr. 1 GesVO. Die Wirkung ist letztlich die gleiche wie bei der Aussonderung von Eigentum nach §§ 985 BGB, 43 KO beziehungsweise bei der abgesonderten Befriedigung eines Pfandrechts nach § 48 KO.

An dieser Regelung hielt der Einigungsvertrag fest, sorgte aber durch Verwendung des Wortes „Gegenstand“ anstelle von „Sache“ in § 12 GesO¹⁵⁾ dafür, daß zweifelsfrei auch Pfandrechte an Forderungen vom Verwalter zu respektieren sind.¹⁶⁾ Siche-

1) Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands – Einigungsvertrag –, vom 31. August 1990, BGBl II 1990, 889.

2) EV Anl. I Kap. III Sachg. A.

3) Gesetz zu dem Vertrag vom 31. August 1990 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands – Einigungsvertragsgesetz – und der Vereinbarung vom 18. September 1990, vom 23. September 1990, BGBl II 1990, 885.

4) BT-Drucks. 11/7817, S. 7 (abgedruckt in: Kübler, Das Gesamtvollstreckungsrecht in den neuen Bundesländern, 1991, Nr. 1.6).

5) EV Anl. I Kap. III Sachg. A Abschn. I Nr. 4.

6) Die Sonderregelungen in Kap. III Sachg. A., Abschn. IV der Anl. I zum Einigungsvertrag, die die Einführung der Rechtspflegevorschriften des Bundesrechts in Ost-Berlin vorsehen, die in den neuen Bundesländern noch nicht in Kraft gesetzt sind, nehmen das Konkursrecht aus.

7) EV Anl. II Kap. III Sachg. A Abschn. II Nr. 1.

8) EV Anl. II Kap. III Sachg. A Abschn. II Nr. 1 Maßgabe a.

9) Verordnung über die Gesamtvollstreckung (Gesamtvollstreckungsverordnung), vom 6. Juni 1990, GBl (DDR) I 1990, 285; abgedruckt in: Kübler (Fußn. 4), Nr. 2.2.

10) EV Anl. II Kap. III Sachg. A Abschn. II Nr. 1 Maßgabe b.aa.

11) Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik, vom 18. Mai 1990, BGBl II 1990, 537.

12) Verordnung über die Gesamtvollstreckung, vom 18. Dezember 1975, GBl (DDR) I 1976, 5; abgedruckt in: Kübler (Fußn. 4), Nr. 2.1.

13) BT-Drucks. 11/7817, S. 8.

14) EV Anl. II Kap. III Sachg. A Abschn. II Nr. 1 Maßgaben b.aa bis pp, c, d.

15) EV Anl. II Kap. III Sachg. A Abschn. II Nr. 1 Maßgabe b.gg.

16) So die Motivation der Bundesregierung, BT-Drucks. 11/7817, S. 60.

*) Dr. iur., Wissenschaftlicher Assistent an der Universität zu Köln

rungsübereignung und Sicherungsabtretung, überhaupt die Innehabung einer nur scheinbar zum Vermögen des Gesamtvollstreckungsschuldners gehörigen Forderung werden jedoch nach wie vor nicht besonders erwähnt. In Ansehung der Sicherungsübertragung verwundert das für die Zeit vor dem Einigungsvertrag nicht, weil das bis zur Vereinigung geltende Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik von 1975¹⁷⁾ lediglich die Verpfändung von Sachen – wobei es möglich war, daß der Verpfänder die Sache behielt – und Rechten zuließ (§§ 443 bis 449 ZGB), nicht hingegen eine Sicherungsübereignung oder Sicherungsabtretung. Folglich konnte niemand in der Gesamtvollstreckung das Bedürfnis haben, eine an ihn zwecks Sicherung vorgenommene Übertragung geltend zu machen. Umgekehrt stellte sich nicht die Frage, ob der Sicherungsgeber bei der Gesamtvollstreckung in das Vermögen des Sicherungsnehmers die Verwertung verhindern konnte.

Freilich wäre bereits bei der Schaffung der Gesamtvollstreckungsverordnung im Jahre 1990 hinsichtlich der nicht zu Sicherungszwecken geschehenen Abtretung (§ 436 Abs. 1 Satz 1 ZGB) seitens des späteren Gesamtvollstreckungsschuldners, überhaupt wegen der Innehabung einer nur scheinbar zum Vermögen des Schuldners gehörigen Forderung, eine Regelung der Möglichkeiten des wahren Forderungsinhabers nützlich gewesen.

III. Erweiternde Auslegung oder analoge Anwendung des § 12 GesO

Dem Wortlaut nach berücksichtigt § 12 GesO auch jetzt, mit der Maßgabe der Anlage zum Einigungsvertrag, noch nicht das Bedürfnis des Dritten, seine Forderung vor der Verwertung durch den Verwalter zu bewahren. Die Neufassung scheint nur das Pfandrecht an Rechten zu berücksichtigen, und die Erläuterung der Bundesregierung benannte lediglich die Pfandrechte an Rechten ausdrücklich, welche der Verwalter ebenso zu berücksichtigen habe wie Pfandrechte an Sachen.¹⁸⁾ Dem lag indessen die Vorstellung zu Grunde, mit der durchgängigen Verwendung des Begriffs „Gegenstand“ im gesamten § 12 GesO anstelle des Wortes „Sache“ würden Zweifel über die Geltung dieser Vorschrift für Forderungen beseitigt.¹⁹⁾ Dieses Motiv ist, obgleich es dem Gesetzeswortlaut nach letztlich nur wegen der Pfandrechte an Forderungen in die Tat umgesetzt wurde, grundsätzlich gehalten.

Wenn es nun in § 12 GesO heißt, daß Gegenstände, an denen Dritten ein Eigentums- oder Pfandrecht zustehe, vom Verwalter dem Berechtigten herauszugeben seien, sofern er nicht das Pfandrecht durch Zahlung ablöse, so scheint es wegen der geschilderten Motivation erlaubt und geboten, den nun nicht mehr allein mit „Sachen“, sondern überhaupt mit „Gegenständen“ in Beziehung gesetzten Begriff „Eigentumsrechte“ weit zu verstehen und hierunter auch die Innehabung von Rechten, insbesondere von Forderungen, zu fassen. „Herausgabe“ im Sinne dieser Vorschrift ist dann nicht nur die Verschaffung unmittelbaren Besitzes an einer fraglichen Sache, sondern auch der Verzicht des Verwalters darauf, sich eines Rechtes zu berühen. Dabei kann dahinstehen, ob es sich um erweiternde Auslegung

oder um eine analoge Anwendung der Vorschrift handelt. Gleichauf mit der Handhabung bei der Aussonderung nach § 43 KO²⁰⁾ ist folglich dem angeblichen wahren Inhaber gestattet, gemäß § 256 ZPO²¹⁾ in Verbindung mit § 12 Abs. 1 Satz 2 GesO²²⁾ den Verwalter auf die Feststellung zu verklagen, daß ihm, dem Kläger – und nicht dem Verwalter –, das umstrittene Recht zustehe.

IV. Die Frage der Sicherungsübertragung

Die Frage der Sicherungsübertragung scheint gänzlich ungelöst. Die Befassung mit § 12 GesVO im Rahmen des Einigungsvertrages hätte die Gelegenheit zur Regelung der Behandlung von Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung geboten. Notwendigkeit bestand. Aber entweder war man sich ihrer nicht bewußt geworden, oder man stellte das Anliegen zurück, um angesichts der ohnehin geplanten Reform des Insolvenzrechts nicht in einem Teil des Bundesgebiets vorzugreifen, findet doch bis auf den heutigen Tag im alten Bundesgebiet die Sicherungsübertragung keine ausdrückliche Berücksichtigung durch die Konkursordnung. Der Regelungsbedarf ergab sich freilich nicht schon daraus, daß sich mit dem Wirksamwerden des Beitritts die bis dahin gemäß § 448 Abs. 1 und 2 ZGB entstandenen besitzlosen Pfandrechte in Sicherungseigentum verwandeln würden. Denn gemäß Art. 233 § 3 Abs. 1 EGBGB bestehen die vorhandenen Belastungen unverändert fort. Jedoch ist seit dem 3. Oktober 1990 die Einräumung des besitzlosen Pfandrechts nicht mehr möglich, weil das BGB gemäß Art. 8 EV an die Stelle des ZGB getreten ist und nur das Faustpfandrecht zuläßt.²³⁾ Nunmehr benutzen die Geschäftspartner das Institut des Sicherungseigentums mit der von § 930 BGB gebotenen Möglichkeit, die Sache im unmittelbaren Besitz des Sicherungsgebers zu belassen. Denkbar ist außerdem, daß bei einem Wechsel des Wohnsitzes oder des Geschäftssitzes des nachmaligen Gesamtvollstreckungsschuldners in das Beitrittsgebiet das noch im alten Bundesgebiet von ihm einem Dritten oder ihm von einem Dritten eingeräumte Sicherungseigentum in der Gesamtvollstreckung zum Tragen kommt. Auch die Kooperation von „West-Unternehmen“ mit „Ost-Unternehmen“, nicht zuletzt im Zusammenhang mit einer Wiederausammenführung der in der ehemaligen Sowjetischen Besatzungszone beziehungsweise der Deutschen Demokratischen Republik verbliebenen Stammbetriebe mit den Neugründungen der in den Westen geflohenen Inhaber, führt dazu, daß Sicherungseigentum im Beitrittsgebiet Bedeutung erlangt. Desgleichen werden die Beteiligten die Sicherungsabtretung einer ohne Anzeige an den Dritt-

17) Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik, vom 19. Juni 1975, GBl (DDR) I 1975, 465; abgedruckt in: *Horn*, Das Zivil- und Wirtschaftsrecht der DDR, 1990, Nr. 2.1.

18) BT-Drucks. 11/7817, S. 60.

19) BT-Drucks. 11/7817, S. 60.

20) Siehe nur BGH, Urt. v. 30. 10. 1967 – VIII ZR 176/65, WM 1967, 1211, 1213.

21) Die Zivilprozeßordnung der Bundesrepublik Deutschland wurde gemäß EV Anl. I Kap. III Sachg. A Abschn. III Nr. 5 im Beitrittsgebiet mit § 256 ZPO nicht betreffenden Maßgaben eingeführt.

22) Wo dem Dritten allgemein die Klage gegen den Verwalter anheimgestellt wird.

23) § 1205 Abs. 1 Satz 1 BGB.

schuldner nicht möglich²⁴⁾ Verpfändung von Forderungen vorziehen, und es gilt auch hinsichtlich der Sicherungsabtretung das zu Wohn- und Geschäftssitzwechsel sowie zur Kooperation Gesagte. Deshalb wird in Gesamtvollstreckungsverfahren die Sicherungsübertragung – namentlich die in Zusammenhang mit einem Bankkredit oder bei der Lieferung unter verlängertem Eigentumsvorbehalt erfolgte – zwangsläufig zur Sprache kommen. Die Behandlung sollte parallel zu den sinnvollen Lösungen, die man unter der Geltung der Konkursordnung entwickelt hat, erfolgen.

Sofern sich die Gesamtvollstreckung gegen den Sicherungsgeber richtet, darf man dann dem Sicherungsnehmer trotz seiner formalen Stellung als Eigentümer oder Forderungsinhaber keinen weitergehenden Schutz gewähren als dem Inhaber eines Pfandrechts. Der Sicherungsnehmer kann folglich zwar gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 GesO (wenn auch bei einer Forderung vielleicht nur in analoger Anwendung) den Verwalter zur Freigabe des Gegenstandes auffordern. Der Verwalter darf jedoch gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 a. E. GesO analog das Sicherungsgut durch Zahlung auslösen.²⁵⁾ Dies ist das Gegenstück zur abgesonderten Befriedigung des Sicherungsnehmers in entsprechender Anwendung von § 48 KO im alten Bundesgebiet.²⁶⁾

Im umgekehrten Fall – die Gesamtvollstreckung richtet sich gegen den Sicherungsnehmer – darf der Sicherungsgeber, obwohl er äußerlich nicht Eigentümer oder Forderungsinhaber ist, vom Verwalter gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 GesO analog die Freigabe fordern, sofern die gesicherte Forderung bereits getilgt ist oder jetzt durch Leistung an den Verwalter beglichen wird. Dies entspricht der Befugnis des Sicherungsgebers²⁷⁾ zur Aussonderung nach § 43 KO.

Das Sicherungsgut gebührt dem Sicherungsnehmer nur für die Zeit, während der er noch auf die Erfüllung des gesicherten Anspruchs wartet. Deshalb ist nach Erledigung des Sicherungszwecks der Sicherungsgeber so zu stellen, als sei er schon wieder Eigentümer beziehungsweise Forderungsinhaber geworden. Dieses Recht des Sicherungsgebers auf das Sicherungsgut, handele es sich um eine Sache oder um eine Forderung, ist als „Eigentumsrecht“ im Sinne des weit auszulegenden (oder zumindest entsprechend anzuwendenden) § 12 Abs. 1 Satz 1 GesO aufzufassen. Der Verwalter muß die Sache, falls sie sich ausnahmsweise bei ihm befindet (fast immer ist die Sache beim Sicherungsgeber), herausgeben und sie rückübereignen (regelmäßig nur dieses) beziehungsweise von der Geltendmachung der Forderung Abstand nehmen und sie rückabtreten. Auf Herausgabe und Rückübereignung oder auf Rückabtretung richtet

sich folglich die Klage des Sicherungsgebers gegen den Verwalter gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 GesO.²⁸⁾ Solange die Tilgung noch aussteht oder eine vorzeitige Tilgung wegen Zinsverlustes nicht erlaubt ist und der Verwalter sich nicht mit vorzeitiger Erfüllung einverstanden zeigt, darf der Sicherungsgeber das Sicherungsgut noch nicht herausverlangen. Da der Sicherungszweck noch besteht, kann der Sicherungsgeber dem Verwalter das Sicherungsmittel nicht aus der Hand schlagen. Andererseits muß der Sicherungsgeber, solange die gesicherte Forderung des Gesamtvollstreckungsschuldners noch nicht notleidend geworden ist, nicht den Zugriff auf den Sicherungsgegenstand dulden. Um die drohende Verwertung durch den Verwalter abzuwenden, steht ihm deshalb gemäß § 256 ZPO in Verbindung mit § 12 Abs. 1 Satz 2 GesO die Klage auf Feststellung seines künftigen Anspruchs auf (Herausgabe und) Rückübereignung beziehungsweise auf Rückabtretung zu.²⁹⁾ Außerdem kann der Sicherungsgeber, falls die Sache nur zu vorübergehendem Zweck (etwa wegen einer Reparatur) in den unmittelbaren Besitz des Sicherungsnehmers und nachmaligen Gesamtvollstreckungsschuldners gelangte, die sofortige Herausgabe (nicht schon die Rückübereignung) verlangen³⁰⁾ und darauf auch den Verwalter verklagen.

Keine Schwierigkeiten bereitet der Fall, daß innerhalb eines Konkursverfahrens in den alten Bundesländern ein unter der Geltung des Zivilgesetzbuches begründetes besitzloses Pfandrecht zur Sprache kommt. Hier greift, wie bei anderen Pfandrechten auch, die Absonderung nach § 48 KO ein.

24) § 1280 BGB; aber auch schon § 449 Abs. 1 Satz 3 ZGB.

25) So wohl auch *Obermüller*, Auswirkungen einer Gesamtvollstreckung auf Kreditgeschäft und Kreditsicherheit, WM 1991, 305, 311, der sämtliche Arten Realsicherheiten zusammengefaßt behandelt und allgemein sagt, der Verwalter dürfe die Sicherheit durch Zahlung ablösen.

26) Siehe nur BGH, Beschl. v. 12. 2. 1959 – VII ZR 215/58, NJW 1959, 939, hinsichtlich des Sicherungseigentums und BGH, Urt. v. 26. 10. 1961 – VII ZR 107/60, NJW 1962, 46, bezüglich der zur Sicherung abgetretenen Forderung.

27) Siehe RG, Urt. v. 5. 11. 1918 – Rep. VII. 202/18, RGZ 94, 305, 307.

28) Vgl. bereits RG, Urt. v. 10. 5. 1893 – Rep. I. 63/93, RGZ 31, 392 und RG, Urt. v. 23. 12. 1899 – Rep. V. 233/99, RGZ 45, 80 zur Klage auf Rückabtretung beziehungsweise Rückübereignung des zu treuen Händen dem nachmaligen Gemeinschaftschuldner übertragenen Gegenstandes aufgrund des (damals noch nicht in § 43 KO, sondern in § 35 KO geregelten) Aussonderungsrechts.

29) Vgl. *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, 10. Aufl., 1986, § 343 Rz. 73; freilich gehen *Kuhn/Uhlenbruck*, aaO, § 43 Rz. 15b, bereits bei der Beschreibung des Aussonderungsrechts im Falle der Sicherungsübereignung noch weiter, indem sie den Sicherungsgeber von der Eröffnung des Konkursverfahrens an als Eigentümer betrachten, so daß es allenfalls noch der Herausgabe bedarf, nicht mehr der Rückübereignung.

30) Vgl. *Kuhn/Uhlenbruck* (Fußn. 29), § 43 Rz. 15f für die Aussonderung nach § 43 KO.